

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学 号: 200408208

UDC_____

硕 士 学 位 论 文

试论诱惑侦查及其在我国的立法建构

A Study on Encouragement and its Legislative Construction in China

罗 丽 雯

指导教师姓名: 陈 立 教 授

专 业 名 称: 法 律 硕 士

论文提交日期: 2007 年 4 月

论文答辩时间: 2007 年 月

学位授予日期: 2007 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2007 年 4 月

厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。
本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其他指定机构送交论文的纸质版和电子版,有权将学位论文用于非营利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅,有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索,有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适应本规定。

本学位论文属于

- 1、保密 (), 在 年解密后适用本授权书。
- 2、不保密 ()

作者签名:

日期: 年 月 日

导师签名:

日期: 年 月 日

内 容 摘 要

诱惑侦查作为刑事诉讼中的一种特殊的侦查手段，因其所具有的扩张性和侵犯性而备受争议。尽管如此，诱惑侦查在实践中并未被禁止，而是作为一种有效的侦查手段被各国在侦查实践中广泛的运用，如美国、英国、德国、日本等国家均在法律上承认了诱惑侦查的合法性。但是这些国家在承认诱惑侦查合法性的同时也从不同程度上限制其适用，试图通过法律的规制减少或避免适用诱惑侦查手段对公民权利的侵犯。在我国，诱惑侦查作为一种秘密侦查手段，在司法实践中已经大量适用，但是，由于我国在立法上对其缺乏明确的规定，在理论界也备受争议尚未形成统一的认识，因此诱惑侦查在实际运用中也带来了一系列的问题。

本文分为四章，第一章介绍了诱惑侦查的一些基本理论，对诱惑侦查的概念进行界定，并将诱惑侦查同警察圈套等相关概念加以区别；分析诱惑侦查所具有的欺骗性、主动性、无限制性的特点；将诱惑侦查分为“犯意诱发型”诱惑侦查以及“机会提供型”诱惑侦查两种基本类型，本文将“犯意诱发型”诱惑侦查视为违法的侦查手段，认为应当予以禁止，而有限度地承认“机会提供型”诱惑侦查的合法性。第二章着重从道德、法律的角度对诱惑侦查的合法性进行辨析，并运用法律经济学的分析方法寻求诱惑侦查存在的合理性。第三章结合国外先进的诱惑侦查理论和优秀的司法制度，提出了建立适合我国的诱惑侦查合法性评判标准。最后一章结合我国诱惑侦查的司法实践以及借鉴国外先进的立法制度，立足于对诱惑侦查有限适用的理论角度，从程序法和实体法两大方面提出了我国诱惑侦查制度的初步立法构想以及框架设计。具体到诱惑侦查的适用原则、行为主体、实施对象、适用范围、严格审批制度、非法证据排除规则以及责任承担、违法诱惑侦查中的权利救济等方面对诱惑侦查进行法律规制，希望以此构建符合我国当前刑事诉讼规范、适应侦查程序实践操作的诱惑侦查制度，推动侦查程序的法治化建设。

关键词：诱惑侦查；警察圈套；法律规制

ABSTRACT

As a special investigation means in criminal procedure, the encouragement is controversial because of its expansion and infringing. But meanwhile encouragement as a effective investigation means which is extensively used in procedural practices of the US, Britain, Germany and Japan, the state organs of which have approved its validity and have controlled the application of encouragement by law in different degree in order to avoid or reduce the disadvantage of encouragement that infringing upon civil rights. As a special kind of investigation, encouragement is mostly used for taking effect on prosecuting special types of crimes in our country, but it is controversial because it will cause some disadvantages such as offending civil rights and endangering the construction of judicial ethics if it is used inappropriately, and there are no any specific provisions in the law, so it make encouragement embarrassing and take a lot of problems.

This paper has four parts. The first part introduces some basic theories about encouragement, define the fundamental concepts of encouragement, and differentiate the encouragement from other related concepts such as entrapment etc. This part also analysis on the characteristic of encouragement like fraudulence, initiative, non-restrictive. The paper divide encouragement into two basic types: “criminal intent encouragement” and “chance offering encouragement”, and it consider “criminal intent encouragement” as illegal and admit “chance offering encouragement” as validity finitely. The second part analysis on the legality of encouragement which focus on the point of moral and law, and use the method of the economic analysis of law to study on the legitimacy of encouragement. Learning from the western counties’ mature theories and many domestic scholars’ works on encouragement, the third part studied the encouragement by comparative analysis and theoretical demonstration ways, probed into the idea of establishing the legitimacy criterion of encouragement which suited our country. The fourth part is put forward about lawmaking and framework design how to construct the encouragement system from the view of

confining the encouragement from procedural law and substantive law, such as the principle of encouragement in legal stipulation, the actor, the targets, the applicable scope, strict approval system, the application of exclusionary rule of illegal evidence, and the responsibility of lured person and tempter, the remedy of rights in illegal encouragement.

It has been wished to realize the law-ruled investigation procedure through establishing the encouragement system matching our present criminal procedure and suiting the practical operation of investigation procedure.

Key words: Encouragement; Entrapment; Legal regulations.

厦门大学博硕

目 录

前 言	1
第一章 诱惑侦查基本理论	2
第一节 诱惑侦查基本概念辨析	2
一、诱惑侦查概念	2
二、诱惑侦查与秘密侦查	2
三、诱惑侦查与警察圈套	3
四、诱惑侦查与卧底侦查	3
第二节 诱惑侦查的特点	4
一、诱惑侦查的欺骗性	4
二、诱惑侦查的主动性	4
三、诱惑侦查的无限制性	5
第三节 诱惑侦查的基本类型	5
一、犯意诱发型诱惑侦查	5
二、机会提供型诱惑侦查	6
三、二者区别	6
四、其他分类	7
第二章 诱惑侦查合法性辨析	8
第一节 诱惑侦查合法性的法理分析	8
一、诱惑侦查的道德争议	8
二、诱惑侦查的正当性辨析	9
第二节 诱惑侦查的法律经济学分析	10
一、法律经济学中的一些相关基本理论	11
二、诱惑侦查的成本分析	11
三、诱惑侦查的收益	12
第三章 诱惑侦查合法性评判标准	15
第一节 主观主义标准（Subjective Approach）	16
一、主观主义标准的理论发展	16
二、主观主义标准的基本内容	16
三、主观主义标准利弊分析	17

第二节 客观主义标准（Objective Approach）	18
一、客观主义标准的基本内容	18
二、客观主义标准的利弊分析	19
第三节 诱惑侦查合法性评判标准的发展以及确立适合我国的合法性标准	19
一、诱惑侦查合法性评判标准的发展	19
二、确立我国诱惑侦查合法性评判标准	20
三、诱惑侦查合法性条件	21
第四章 我国诱惑侦查的立法建构	24
第一节 我国诱惑侦查的司法实践	24
一、我国诱惑侦查的现状	24
二、我国诱惑侦查适用中存在的法律问题	25
三、比较法视野中我国诱惑侦查的特点	26
第二节 诱惑侦查法律规制应遵循的原则	27
一、正当程序原则	27
二、诱惑侦查法制化原则	27
三、必要性原则	28
四、最后选择性原则	28
五、行为适度性原则	28
第三节 诱惑侦查制度在程序法上的建构	29
一、诱惑侦查的行为主体	29
二、诱惑侦查的实施对象	29
三、诱惑侦查的适用范围	30
四、严格审批制度	32
五、非法证据排除规则的适用	33
第四节 诱惑侦查制度在实体法上的建构	33
一、被诱惑者的责任	33
二、诱惑者的责任承担	36
三、违法诱惑侦查中的权利救济	37
尾 论	41
参考文献	42

CONTENTS

Foreword.....	1
Chapter 1 The Basic Theories of Encouragement	2
Subchapter 1 Fundamental Concepts of Encouragement.....	2
Section1 The Concepts of Encouragement.....	2
Section2 Encouragement and Secret Investigation.....	2
Section3 Encouragement and Entrapment	3
Section4 Encouragement and Undercover Investigation	3
Subchapter2 The Characteristics of Encouragement.....	4
Section1 Fraudulence.....	4
Section2 Initiative	4
Section3 Non-restrictive	5
Subchapter3 The Basic Types of Encouragement	5
Section1 Model of Encouragement of Criminal Intent.....	5
Section2 Model of Encouragement of Chance Offering	6
Section3 The Difference between Criminal Intent Encouragement and Chance Offering Encouragement	6
Section4 Other Types of Encouragement	7
Chapter2 Analysis on the Legitimacy of Encouragement.....	8
Subchapter1 Legal Analysis of the Legitimacy of Encouragement.....	8
Section1 Morality Dispute of Encouragement	8
Section2 Analysis on the Legitimacy of Encouragement	9
Subchapter2 Study on Encouragement by the Economic Analysis of Law	10
Section1 Fundamental Theory of the Economic Analysis of Law	11
Section2 Analysis on the Cost of Encouragement	11
Section3 Efficiency of Encouragement	12
Chapter3 Legitimacy Criterion of Encouragement	15
Subchapter1 Subjective Approach	16
Section1 Development of Subjective Approach	16
Section2 Fundamental Contents of Subjective Approach	16
Section3 Study on the Advantages and Disadvantages of Subjective Approach.....	17

Subchapter2 Objective Approach.....	18
Section1 Fundamental Contents of Objective Approach.....	18
Section2 Study on the Advantages and Disadvantages of Objective Approach	19
Subchapter3 The Development of the Legitimacy Criterion of Encouragement and Establishing the Legitimacy Criterion of Encouragement of china	19
Section1 The Development of the Legitimacy Criterion of Encouragement	19
Section2 Establishing the Legitimacy Criterion of Encouragement of China.....	20
Section3 The Legal Conditions of Encouragement	21
Chapter 4 The Legislative Construction of Encouragement in China ..	24
Subchapter1 The Practice of Justice of Encouragement in Our Country.....	24
Section1 The Status of Encouragement in Our Country	24
Section2 The Law Problems of Encouragement Application in China	25
Section3 The Characteristics of Encouragement of China in Comparative Law's View	26
Subchapter2The principle of encouragement in legal stipulation.....	27
Section1The Principle of Due Process	27
Section2 The Principle of Legal	27
Section3 The Principle of Necessity	28
Section4 The Principle of Finally Selective	28
Section 5 The Principle of Appropriateness of Behavior	28
Subchapter3Construction of Encouragement in Procedural Law	29
Section1 The Actors of Encouragement	29
Section2 The Targets of Encouragement	29
Section 3 The Applicable Scope of Encouragement	30
Section4 Strict Approval System	32
Section5 The Application of Exclusionary Rule of Illegal Evidence	33
Subchapter4 Construction of Encouragement in Substantive Law	33
Section1 The Responsibility of Lured Person	33
Section2 The Responsibility of Tempter.....	36
Section3 The Remedy of Rights in Illegal Encouragement.....	37
Conclusion	41
Bibliography	42

前 言

随着现代社会的发展和科技的进步,一些社会犯罪开始出现智能化、组织化、隐蔽性强等新特点,尤其是毒品犯罪、走私犯罪等所谓的无被害人犯罪,这些犯罪由于没有明确的犯罪对象,手段的高度隐蔽性和犯罪的集团化,反侦查的手段越来越科技化,使得侦查机关侦破此类案的难度不断增大。在这样的情况下,诱惑侦查措施因具有犯罪嫌疑人不易察觉、隐蔽性强等特点而倍受侦查人员青睐,并在打击日益智能化、组织化犯罪,实现控制犯罪、追求案件实体真实的诉讼价值方面发挥着愈来愈重要的作用。因此诱惑侦查作为一种有效的侦查手段,被越来越多的国家所接受并在司法实践中大量的适用。然而,尽管各国在立法上承认了诱惑侦查的合法性,但是对诱惑侦查合法性评判标准却没有形成统一的认识,使得诱惑侦查在大量运用的同时也出现了一系列的问题。不过各国对诱惑侦查的适用都不同程度的体现出“有限适用”的趋势,即在承认诱惑侦查合法性的同时在法律上对其进行有效的规制。在我国,诱惑侦查在司法实践中大量适用的同时法律上却没有相应的规定,因此也使得诱惑侦查措施在我国地位相当尴尬,这也引发了理论界对诱惑侦查制度的激烈争论。另外,诱惑侦查作为一种强制性侦查措施,具有天生的扩张性和侵犯性,若不对其进行有效的法律规制,势必会侵犯到公民的合法权利,这不仅与我国刑事诉讼保障人权的基本价值目标相违背,而且也与现代法治国家基本价值取向背道而驰。因此,有必要对诱惑侦查进行系统性的理论研究,同时了解各国有关诱惑侦查的司法制度,总结和研究各国在诱惑侦查适用中的经验和问题,从而建立适合我国国情的更公正、更完善的诱惑侦查制度。

第一章 诱惑侦查基本理论

第一节 诱惑侦查基本概念辨析

一、 诱惑侦查概念

理论界对诱惑侦查的概念的界定并没有形成一个统一的标准,因此对于诱惑侦查所代表的意义的理解便有所不同,仁者见仁智者见智,尽管不同学者对诱惑侦查所下的定义各有千秋,但在实质上可以说是基本相同的,不同的名称、概念反映的是不同定义者的价值取向以及理解侧重点的不同。本文认为从广义上来说,诱惑侦查指的是负有侦查使命的国家机关、侦查人员或其代理人,在掌握了一定的犯罪线索而又没有足够的证据时,采用亲自或指挥民间侦查合作者的方法,特意设计一定的犯罪情境或者提供一定的实施条件和机会,诱使犯罪嫌疑人暴露犯罪意图或实施犯罪行为,然后进行证据收集或当场对其进行拘捕的一种特殊的侦查手段。^① 其中与诱惑侦查相关的一些概念,笔者认为有必要从理论上予以区分。

二、 诱惑侦查与秘密侦查

所谓秘密侦查,是指侦查机关采取隐瞒身份、目的、手段的方法,在侦查对象不知晓的情况下,发现犯罪线索,收集犯罪证据,乃至抓捕犯罪嫌疑人的活动。秘密侦查往往使用一些专门的科学技术手段,所以又常被称为“技术侦查”^②。秘密侦查措施是相对于公开侦查措施而言的,是一种具有隐蔽性和强制性的侦查措施。秘密侦查作为侦查的一种形式,其涵盖面是很广的,而诱惑侦查是秘密侦查中的一种手段,并不等同于秘密侦查,从侦查实践来看,秘密侦查不仅仅包括了诱惑侦查形式,其还包括了包括电子侦听、邮件检查等技术类侦查、控制下交付等秘密搜查、卧底侦查等秘密派遣调查人员类侦查措施。^③

^① 王剑虹. 诱惑侦查研究[A]. 徐静村. 刑事诉讼前沿研究(1)[C]. 北京: 中国检察出版社 2003. 154.

^② 何家弘. 秘密侦查立法之我见[J]. 法学杂志, 2004, (25): 26.

^③ 罗彩荣. 论我国秘密侦查措施的法治化[J]. 新疆警官高等专科学校学报, 2005, (4): 37.

三、诱惑侦查与警察圈套

诱惑侦查与警察圈套是既有区别又有一定联系的两个概念。在美国，所谓警察圈套(entrapment)，是指侦查机关或其代理人为了对某人提起控诉，而采用引诱的方法，使本无犯罪意图的人实施犯罪的一种非法侦查行为。^①《布莱克法律辞典》并未对诱惑侦查作出解释，美国学者一般认为，诱惑侦查(encouragement)是指国家侦查机关对那些已有犯罪意图的人，为获得对其提起刑事诉讼的证据而诱使其实施犯罪行为，当他真的被诱使而实施犯罪时，当场予以抓获的一种合法侦查行为。对二者的关系，美国有学者作了精辟的论述：诱惑侦查并不是一种非法的侦查手段，但是，当这种手段的运用超过了一定的限度——即犯罪的发生主要是由于警察的行为，他们为了提起公诉，引诱那些本无犯罪意图的人去实施犯罪——这时警察的行为即构成了警察圈套。^②而且，在美国被告人还可以主张警察的诱惑性侦查行为已构成警察圈套而为自己作无罪辩护，即“the defense of entrapment”（警察圈套合法辩护），相对应的是“陷阱抗辩之理论”（Law of entrapment）。但是，被告人并不能以警察采用的是诱惑性的侦查手段非法收集证据为由为自己作无罪辩护。

由以上分析，可以简单的认为，诱惑侦查是一种合法的侦查行为，而警察圈套是一种非法的侦查行为，当诱惑侦查这种合法的侦查方法被滥用，越过一定的界限后，即为非法，构成警察圈套。从另一个角度说，诱惑侦查这个概念是从侦查权的运用、打击犯罪的角度提出来的，而美国之所以提出警察圈套合法辩护之说，实际上就是从保护被告人权利的角度提出来的，是对诱惑侦查这种侦查手段在一定程度上的限制，是当诱惑侦查被滥用后被告人可以行使的一种救济权利。^③

四、诱惑侦查与卧底侦查

卧底侦查，一般是指经特别挑选的侦查人员以隐藏其原有身份的方式，长期潜伏于所欲调查的犯罪组织或环境中，在法律规定的范围内，暗中收集犯罪证据

^① See Black's law dictionary (eighth edition). West Publishing Co, P573.

^② See Israel·K·Lafave. Criminal Procedure and the Constitution. West Publishing Co.P206.转引陈学权. 程序法视野中的诱惑侦查[J]. 中国刑事法杂志, 2004, (2): 81.

^③ 陈学权. 程序法视野中的诱惑侦查 [J]. 中国刑事法杂志, 2004, (2): 81.

或情报的一种侦查方式。卧底侦查在我国刑事侦查实践中长期运用，一般是专门针对某些具有隐蔽性、集团性、经常性的有组织犯罪而使用。^①此类犯罪由于其自身的隐蔽性和很强的反侦查能力，侦查机关如果仅仅依赖传统的侦查、取证方式是很难侦破案件的。在这种情况下，侦查机关为了全面掌握整个犯罪组织的行为、动态、犯罪成员、犯罪内容与犯罪手法，更详尽地获取有关犯罪素材、犯罪证据，最终将罪犯绳之于法，通常采取卧底侦查这一特殊的侦查手段。

由此可见，卧底侦查和诱惑侦查都属于秘密侦查的手段，他们同样对公民权利保障和依法治国之基本原则的冲突而受到质疑。但他们的区别在于：一、目的不同。诱惑侦查的目的在于侦破特定的案件，而卧底侦查的主要目的在于获取犯罪情报、犯罪证据并提供最佳的破案时机。二、适用范围不同。卧底侦查主要针对有组织犯罪，而诱惑侦查的适用范围则不仅仅限于此。三、卧底侦查持续的时间比较长，而诱惑侦查所持续的时间较短，因为如果对特定对象进行长时间的诱惑侦查则有犯意诱发之嫌。^②

第二节 诱惑侦查的特点

一、诱惑侦查的欺骗性

诱惑侦查备受争议其中一个很大的原因就是因为它所具有的欺骗性。诱惑侦查的欺骗性是指行为人为达到目的而利用对方的某种欲望。这种具有欺骗性而且利用人性弱点的侦查措施，有人称为“肮脏手段”，认为它损害国家威信，违背执法、司法机关的道德原则，违反宪法和刑事诉讼法原则。^③

二、诱惑侦查的主动性

与传统的反应型侦查不同，诱惑侦查发生在犯罪之前，并非是对已然的事实的事实被动反应，而是包括犯罪尚未发生之前为刺激、促使他人实施犯罪而采取的种种策略或手段在内的一系列活动，具有很强的主动性^④。因此也有学者认为，

^①蔡杰，严从兵．论卧底侦查争议问题及其法律规制[J]．现代法学，2003，(3)：99．

^②同上．

^③何家弘，龙宗智．诱惑侦查与警察圈套[A]．何家弘．证据学论坛(3)[C]．北京：中国检察院出版社，2001．175．

^④宋英辉，吴宏耀．刑事审判前程序研究[M]．北京：中国政法大学出版社，2002．259．

诱惑侦查发生在犯罪之前，对于既没有犯罪行为，又未经过立案就程序就任意开展侦查是没有法律依据的。^①

三、诱惑侦查的无限制性^②

从司法实践看，诱惑侦查并没有固定的表现形式和实施方式，而是随着具体犯罪案件的不同情形呈现出不同的形态，也就是说，在具体案件中，国家侦查人员或者受雇于国家追诉机关的非侦查人员鼓动、诱使他人实施犯罪的方式、方法可能会因为案件的不同而有差异，也会因为犯罪内容的不同而不同。其次，诱惑侦查不受犯罪线索的限制，对于传统侦查手段而言，发现犯罪线索是开始侦查活动的前提条件，如果被害人不愿控告或者由于其他种种原因，犯罪线索没有被揭露出来，那么，传统侦查手段就无法发挥其追惩犯罪的功能，而诱惑侦查则不同，在适用诱惑侦查的案件中，被侦查的犯罪案件是在侦查人员或受雇人员刺激、促使下实施的，也就是说在犯罪案件发生之前，侦查人员就可以预知犯罪案件将可能在何时、何地发生，因此，对于使用诱惑侦查的案件，不存在来自犯罪线索方面的种种困难和限制。

第三节 诱惑侦查的基本类型

在理论界，对诱惑侦查的类型较为流行的分法是按照被诱惑者事前有无犯罪倾向（Predisposition）对诱惑侦查进行的一种分类：即分为犯意诱发型诱惑侦查和机会提供型诱惑侦查两种基本类型。

一、犯意诱发型诱惑侦查

犯意诱发型诱惑侦查是指被诱惑对象实际上并无犯罪意图或者尚未形成犯意，而是在侦查机关或者其辅助人员主动、积极地实施的诱惑侦查行为的强烈刺激下，为了达到一定的目的而产生犯意，进而实施了犯罪行为。^③犯意诱发型诱惑侦查具有以下特征：1、被诱惑者虽然被侦查者认为是犯罪嫌疑人，但事实上

^①王传道. 诱惑侦查、秘密侦查与侦查谋略[A]. 赵永琛, 何家弘. 侦查论丛(1)[C]. 北京: 法律出版社, 2003. 25.

^②参见宋英辉, 吴宏耀. 刑事审判前程序研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002. 259.

^③许志. 关于诱惑侦查的法律思考[J]. 西北政法学院学报, 2006, (1): 105.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕